

論文

死刑の憲法解釈

清水 晴 生

Constitutional interpretation of death sentence

SHIMIZU Haruki

1. 刑罰の意義
2. 身体刑と残虐性
3. 身体刑としての死刑
4. 死刑の許容要件
5. 非人道性と残虐性
6. 死刑の感化力
7. 囚われの人殺し加担者

1. 刑罰の意義

死刑にも相当するような重大な事件が起きた後で、このような事件を二度と起こさないためには、そしてそうした事件を風化させないためには、そのような重大な事件が起こった理由を、背景を探究し続けることこそが必要であり、肝要であろう。その事件の被告人に死刑を言い渡し、死刑を執行することは、事件を風化させず、同じような事件を二度と繰り返さないために探究を続けるという2つのことにとっては、むしろ消極的な意味を持つもののようにも思える。それは被害者や被害者遺族にとって一区切りをつけると同時に、世間一般にとっても区切りがつくことを意味するだろうからである。新しい重大事件が起こる頃には、それ以前の事件は時の経過とともに風化していくと考えるとき、仮に以前の事件がなお死刑の執行によって区切りをつけることなしに社会にとって抱え続けなければならない疵であったとしたら、事件は容易に風化することなく、同じことをこの社会が繰り返さないための戒めであり続けるのではなかろうか。

被害者遺族において区切りをつけることは別として、社会が死刑執行によって重大事件に区切りをつけてしまうことが許されないことだとすれば、社会は事件の原因・背景を探究し続け、重大事件の起こらない社会を追求し、社会のあり方を変え続けていかなければならない。極刑を維持し続けることですら社会から重大事件の悲劇を失くしえないのであるから、重罰化による応報的心理の満足がこれに資するものでないことも明らかであろう。

応報的正義は罪刑均衡を内在させるものと理解されてきたものの、実際には均衡を図る基準は時々の応報感情に容易に左右されうる。むしろ、犯罪に対する応報としての正義の内実は、同様の犯罪の発生の原因と背景とを科学的に考究し、再発予防のための教育的措置を実施し、同じ社会において同種犯罪の発生を予防・減少することにより当該犯罪行為に対する否定的態度を実証化することでなければなるまい（科学主義の徹底）。それこそが過去における社会的マイナスとしての犯罪発生に対する社会的にブ

ラスの応報としての犯罪減少並びに犯罪の否定ということになる。

このような刑罰は憲法31条と36条とによって規律されている。憲法の厳密な枠の中でのみ許容されている。人身の自由は最も直接的に国家により制約され蹂躪されるものである。その意味で人身の自由に対する制約は緩やかな解釈を許さない性格のものである。日本国憲法下において死刑が許容されているとしても、それは憲法の厳密な枠の中でのみ許容されうる。どのような意味において、どのような条件において死刑が許容されているものと解釈しうるのかについて、本稿において探究してみたい。

2. 身体刑と残虐性

(1) 刑法は、9条で「死刑、懲役、禁錮、罰金、拘留及び科料を主刑」とし、同11条1項は「死刑は、刑事施設内において、絞首して執行する。」とする。

他方、憲法は31条で「何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命若しくは自由を奪はれ、又はその他の刑罰を科せられない。」とし、同36条で「残虐な刑罰は、絶対にこれを禁ずる。」と定める。

憲法31条によれば、適正手続によるならば生命刑が許容されるように読める。他方で36条は「残虐な刑罰は、絶対に」禁じている。残虐な刑罰は絶対に禁じられている以上、これは適正手続とはいえない。残虐でない刑罰ならば許され、残虐でない死刑であれば禁じられないということになる。残虐でない死刑は適正手続だということになる。

(2) 刑法上の個人的法益に対する罪は、生命に対する罪、身体に対する罪、自由・名誉に対する罪、財産に対する罪などに分かれる。これに鑑みれば、憲法31条が「生命若しくは自由を奪はれ」としているとき、そこでは意識的に「身体」が除外されているといえよう。即ち、刑法上身体刑は否定されているように見える。身体刑は残虐だということとも考えられる。

その刑法上、殺人と傷害とを比較すれば、殺人の方が重大な罪であり、

法定刑が重い。生命の方が保護法益としても身体よりも重要なものである。身体を侵害するよりも生命を侵害するほうが重大である。

刑法9条は死刑を一番重い刑罰としているように思われる。それよりもおそらく軽い位置づけとなる身体刑は禁じられている。それはおそらく身体刑が残虐だからである。

以上を総合すれば、法益としては生命の方が重要であるとき、生命刑が許容され身体刑が禁じられるとすれば、それは身体刑はその執行方法を問わずにそれ自体として残虐である一方、生命刑についてはその執行方法によっては残虐でないということがある。従って、残虐でない執行方法による限り、生命刑は残虐な刑罰にあらず許される、ということになる。

(3) 殺人罪の宣告刑が傷害罪の宣告刑よりも軽くなることもありうる。例えば安楽死に準ずるようなケースの殺人がありうる一方で、執拗なリンチによって回復不能な身体障害を負わせる傷害という比較も容易に想定できる。

身体刑が常に残虐であることからすれば、生命刑が残虐となるのも身体的苦痛を味わわせる場合がそれにあたるといえる。身体的苦痛が小さければ残虐ではないことになる。苦痛が小さいとか、一瞬であるということにより、残虐性が極小化される。

(4) なぜ身体的苦痛が残虐性を意味するのか。苦痛というものが身体に根差すとき、それはどのようにしても逃れ難いものであり、誰にも共通し共感することが可能で、つまりは非人道的だからであろう。

苦痛にも大小がある。従って大きいほど非人道性も大きいはずである。

最も大きい苦痛は何か。それは比喩的な表現になるが、死にそんな痛み、あるいは死んだ方がましな痛みだといえる。つまりは死に相当する痛みだということになる。

死に相当する痛みを与える最も容易な方法は死に近づけることであろう。

従って、死刑を執行するとき、死に相当する痛みを与えることができる。つまり、死刑は死に相当する痛みを与えている。即ち、最大限の痛苦を与えている。死刑は最大限の身体的苦痛を与えている。それは時間的には短いうちに終わるものの、強度としては最大限の苦痛を与える。死の苦しみを与える。

(5) たとえ行為態様が悪質でなかったとしても、人の生命を侵害した以上、殺人行為にはそれ相応に重大な違法性評価を与えられる。殺人行為が傷害行為よりも軽いということは容易にはいえない。被害者遺族からすれば、せめてどんな形でも命を奪わないでほしかったと思うだろう。どんなひどい身体傷害を加えられたとしても、せめて命をつなぎとめておいてほしかったと思うだろう。そのように、法益の重大性の差は、容易に埋まるものではなく、まして逆転し難いものである。

(6) 死刑は身体よりも重要な生命を奪い、それは最大限の苦痛を与える形で行われる。つまり生命刑は、少なくとも身体刑を伴う。禁じられているはずの身体刑が含まれている。時間は確かに短いかもしれない。しかし身体刑は短くても禁じられている。それは残虐だからである。残虐故に短かろうと禁じられている身体刑が、生命刑では短いから許されるというのは矛盾である。しかもそれは短いだけであって、苦痛が小さいというわけではない。死の苦しみを味わわせている。死の痛みを味わわせている。軽い身体刑を含んでいるというのではない。最大の苦痛を与える身体刑を伴う生命刑こそが死刑である。残虐刑として絶対に禁じられている身体刑を内包するのが死刑である。

3. 身体刑としての死刑

(1) 身体刑から自由刑へ。前近代から近代への社会の移行に伴い、刑罰は残虐性を忌避することで人間の尊厳との調和を図ろうとした。

従って身体刑とはどのようなものであるかについては、前近代の社会から知ることができる。中国の周から明へ至る間の刑罰を参照すると、様々な身体刑が登場する¹。

周にあったとされるのは、鼻斬り、足斬り、生殖器の切断、死刑。

秦にあったとされるのは、腰を斬るとか、はりつけ、さらし首、死体の放置といった多種の死刑のほか、付加されうる「肉刑」として鼻斬り、足斬りがあったとされる。

漢では肉刑が廃止され、打撃刑に代えられたとされる。

その後南朝の梁では鞭・杖による打撃刑が主刑として設けられたとされる。

また北朝の北魏では腰を斬るものと斬り離さず首しめするものとの等級の異なる死刑が創案されたとされている。

北齊ではくるまざき、さらし首、斬、そして首しめ（絞）の4等級からなる死刑のほか、鞭・笞といった打撃刑があったとされる。

北周にはくるまざき、さらし首、斬、首しめ、首つりの5等級の死刑のほか、鞭・笞という打撃刑が労役刑に付加され、北齊・北周ではむしろ死刑以外の全てに打撃刑が付加されたとされている。

更に隋でも、斬と絞の2等級の死刑のほか、杖刑、笞刑があったものとされる。

そして唐においても笞（ち）刑、杖刑のほか、労役刑においては木製や鉄製の首かせを装着されたとされる。死刑には首しめと首斬りの2等級があったとのこと。ただし、首しめや首斬りの執行前には「先決杖」という打撃も付加されていたり、他方で重い杖刑では死に至ることも少なくなかっ

1 石岡浩・川村康・七野敏光・中村正人『史料からみる中国法史』35頁以下参照。

たともされている。

その後、金や元でも杖刑が用いられ、元、明に至っても死刑が用意されてきたとのことであった。

(2) 死刑について、執行後の死体の扱い方にバリエーションが設けられたり、あるいは執行方法に等級の差が設けられたりしたことから考えると、前近代的な身体刑における残虐さとは、執行後の死体の取り扱い方や執行のあり方といった、執行する側や社会の側から見た評価の中身であり、そこには「他人の肉体・身体に強力な力を加え、あるいは強力な作用を及ぼす」ということ自体への躊躇や躊躇の度合いから来る評価はほとんど読み取れない。すなわち「実体・肉体としての人間の尊厳」に対する関心はない。

しかしこれに対して、犯罪行為における残虐さを決定づけるものこそがむしろこの「実体・肉体としての人間の尊厳」に対する蹂躪ぶり如何であり、このような認識は現代ではもはや疑いようがないものと思われる。

このように「実体・肉体としての人間の尊厳」は保障されなければならず、「他人の肉体・身体に強力な力を加え、あるいは強力な作用を及ぼす」ことこそがまさにその保障に対する重大な違反であるとき、死刑が単なる生命刑ではなく身体刑でもあるとの評価を免れるためには、肉体的苦痛を伴わないというだけでなく、「実体・肉体としての人間の尊厳」を蹂躪するものではないことが必要となる。

このとき、身体刑とは「肉体的痛苦を与える」刑罰だけではなく、「身体の完全性を損なう」ものも身体刑というべきである。即ち、麻酔を打って痛みを味わわせなかったとしても、四肢を切断するような刑罰はやはり身体刑というべきであろう。従って、痛みを味わわせなかったとか、痛みが一瞬のものであるといったことは、身体刑的性格を否定する理由とはならない。

身体の完全性を損なうとは即ち、肉体的な破壊ということである。臓器、

脳、血液循環、呼吸といった身体の活動を不可逆的に停止する縊死行為は肉体の全的な破壊であるから、死刑は身体刑にほかならない。

4. 死刑の許容要件

刑法も憲法も、どんなに残虐な生命侵害行為に対しても、身体刑を科すことは認めていない。残虐な刑罰は応報的正義の手段とはなりえない。残虐でない刑罰による応報的正義しか認められていない。つまり、残虐な刑罰は適正手続とはいえない。

憲法31条は「何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命若しくは自由を奪はれ、又はその他の刑罰を科せられない。」と定める。この規定によれば、生命刑が科されうるか、自由刑が科されうるか、それともその他の刑罰が科されうるかは選択的である。既述の通り、生命刑は部分的に身体刑である。本来は憲法36条の残虐刑に該り許されない刑罰である。本来許されない刑罰を許容可能な適正手続の中身が明らかにされなければならない。適正手続によれば死刑も許されるとだけ理解するのは、身体刑を禁じた憲法31条と残虐刑を禁じた憲法36条との整合性を何ら考慮しないことになってしまう。充分な憲法解釈といえるためには、本来的に残虐である身体刑を内包する死刑を許容しうる適正手続というものがあるとするれば、それはどのようなものであるかを探究しなければならない。

もはや残虐性を含んでいることは明らかであるから、この残虐性そのものを否定する解釈を探究する方向は採りえない。むしろ、残虐性を前提にしても許容される条件、要件をこそ探究すべきである。

既述の通り、殺人自体がどのような態様であれ、相当程度の重大な違法性を徴表するとき、この重大な違法性を凌駕する優越的利益が必要である。この意味において、単に法令行為（刑法35条）として正当化するだけでは足りない。憲法36条が残虐刑を禁じていることを軽視すべきではない。憲法31条が身体刑を禁じていることを看過すべきではない。従って、残虐な

身体刑を伴う死刑が許容されるとすれば、それは厳しい要件の下でのみ初めて許容されうる。

積極的な殺人を許容しうる要件の手がかりを与えるのは安楽死のケースである。東海大安楽死事件に係る横浜地方裁判所平成7年3月28日判決²は安楽死が許容される要件として、[1] 患者が耐えがたい肉体的苦痛に苦しんでいること、[2] 患者は死が避けられず、その死期が迫っていること、[3] 患者の肉体的苦痛を除去・緩和するために方法を尽くし他に代替手段がないこと、[4] 生命の短縮を承諾する患者の明示の意思表示があること、の4つの要件を挙げる。これを手がかりとして死刑が許容される要件を考えれば、まず、[1] 被告人自身が死刑を受け入れる意思を表明していること、[2] 医師の手により最大限苦痛を与えない方法が採られ、身体刑的性格を極限まで取り去ること、そして、[3] 裁判の全審級及び全再審請求審・再審公判において裁判官・裁判員の全員一致で死刑の判断が維持され、もはや被告人・弁護人に再審請求の意向もないこと、といった要件が導かれうる。

憲法は確かに死刑を許してはいるが、それは適正手続によらなければならない。そして残虐刑であってはならないし、身体刑であってもならない。憲法と刑法が許容している峻厳な極刑は、文字通り厳しい要件の下で、極限的な場合にのみ許されるものである。憲法31条が適正手続を定め、同36条が重ねて「残虐な刑罰は、絶対にこれを禁ずる。」と厳しい言い回しで制限する趣旨は、死刑にこのような厳格な要件を要求しないでは措かないことを示すものである。

5. 非人道性と残虐性

また別の考え方もありうる。身体刑が禁じられているのはそれが重大な苦痛を伴うからではなく、身体に直接的に苦痛を与える刑罰が非人道的で

2 平成4年(わ)第1172号、判例時報1530号28頁、判例タイムズ877号148頁。

あるからとする考え方もありうる。それは、例えば麻酔をかけて小指の先を切り落とすとか、数回程度のむち打ちに限定するとかであれば身体刑も許容されるというわけではないのであるから、理由のある説明の仕方であろう。

身体に直接的に苦痛を与える刑罰が非人道的と考えられる理由はどこにあるか。それはそのような制裁、そのような反作用が理性的ではないからであり、近代的ではないからであり、犯罪抑止に資するかも怪しいからであろう。

文字通りの「目には目を、歯には歯を」という刑罰はもはや理性的でも近代的でもなく、怒りにまかせた野蛮な報復の措置であり、それは犯罪抑止に資するよりもむしろ新たな報告を招きかねないことが想像される。近代刑法でもその中心にあるのは応報的正義ではあるものの、それは近代刑法の中身である以上理性的でなければならず、感情に任せたものであってはならない。

このとき、応報的正義は代替性、代替的な応報をうまく組み入れることによって成立させる必要に迫られる。それが自由刑ということになる。

そして生命刑もまた、身体刑と同じように「命には命を」という前近代的な応報感情に根差したものであることは明らかである。身体刑は克服すべきなのに、生命刑の前近代性、非理性的性格が残存してよい理由はない。

前近代的である、非理性的である、野蛮であるということが即ち非人道的ということである。そして残虐な刑罰とは単に重大な苦痛を伴うという意味ではなく、前近代的で、非理性的で、野蛮で、結局非人道的だということにほかならない。

非人道的な刑罰は被害者感情や応報感情を満足させうる³。刑罰や刑法、

3 死刑が一定の支持を得る理由は、まさに死刑が身体刑だからではなかろうか。重大事案において罪刑の均衡や応報刑主義の要請を充足しうるのは、とりわけ被害者に死苦を与えた行為者においてそれは身体刑のみであるという確信こそが、死刑を即ち唯一残された身体刑を支持する理由となっているものと考えられる。

刑事司法や法秩序への信頼も回復させうる。しかし秩序そのものの回復に資するものかは疑わしい。被害者感情、応報感情が満足させられることで、秩序への信頼がすでに回復されてしまうことで、秩序まで回復されたという感覚が生じやすい。しかし非人道的な刑罰は社会が闘争の場であり、やるかやられるかしか結局ないのだということを示す。つまりやられる覚悟があればやらないという選択をしないことになる。やらないことを促す信頼を醸成するのではなく、やられるまではやり尽くしてやろうという闘争至上主義的な原理を教える社会となる。まさに野蛮な刑罰は、社会が野生のようであることを示すのである。

このような社会では、刑罰や刑法、刑事裁判は犯罪抑止の機能を持ちえない。それはそれらを利用できる側の攻撃のための道具つまり武器でしかない。武器はそれを持つ者には正義のための道具に見えようが、向けられる側には正義の道具とは映らない。それは闘争の道具でしかない。強力過ぎる攻撃の道具を向けられたとき、対抗する側が取りうる選択肢は一つであり、それはいわゆるゲリラ戦法である。つまり隠れながら戦うことになる。反撃の機会をうかがって、闘争は拡大され、継続されることになる。非人道的な刑罰は対立をあおることはできても、対立を解消する原理を持ち合わせていない。

6. 死刑の感化力

体験した死の恐怖や極限性をその後の人生に生かすことはできない。だから誰も本当の意味で死の感化力を教えることはできない。追体験することも共感もできない。つまりどこまで行っても死の恐怖や感化力は想像のものでしかない。

これが死刑の大きな欠陥の一つである。つまり死刑は刑場に立って首に縄を通すまで、誰に対してもその真の意味での感化力を発揮しえないのである。死刑になりますよといわれて、怖いですねと答えても、その本当の

怖さを誰も知らないのである。誰も知りえない怖さによって犯罪抑止のための威嚇力を発揮させようというのは矛盾である。誰も死刑が怖いからやめておこうとは考えないからである。いや考えられないからである。罰金を支払うことや自分の自由な時間を奪われることに対するマイナス感情は誰もが想像しやすく、だからこそ感化力を備える。しかし本当の意味でのその死刑の峻厳さに感化されるのは刑場に立って首に縄を通した死刑囚だけである。あるいはせいぜいその執行に関わった刑務官までである。

多くの市民は死刑という言葉を知っていても、死刑のなんたるかを知らない。死刑を想像して違法行為を止めようとは思わない。それは死刑が執行されたことを知ったあとでもそうである。死刑宣告のニュースを見ても、死刑執行のニュースを見てさえ、死刑の恐怖に震え、感化され、重大犯罪を犯すことはしまいと考えることはない。つまり死刑が用意されていても、その真の峻厳さに見合った抑止力を死刑は発揮しえていない。それは被害者と社会の応報感情を調節する弁であり、やられた側の一族が報復を果たした証拠として首や髑髏を掲げる獄門刑としてのみ機能している。それは生命刑というよりもいわば象徴刑であり、社会に対するプロパガンダである。そしてそれは犯罪抑止を目的としたものでもなく、抑止に資するわけでもない。いわば納得の儀式なのである。

7. 囚われの人殺し加担者

死刑やその他の刑罰が納得の儀式であることは驚くことではなくむしろ当然である。刑罰は応報的正義を原理とするが、正義が正義として承認されるためには、その具体的帰結が形式に則った儀式において示された上で納得されて受け入れられるのでなければならない。このとき初めて市民は社会の公平・公正を確信して、その社会では正義が実現されるのだと信頼を回復させることができる。

他方で、社会に対する信頼を元々損なわれていない人はむしろ反対の反

応を示す。死刑が民主的な国家によって執行されたことにより、自らまでが人殺しに加担させられたと感じて国家に対する信頼をむしろ失ってしまう。死刑を廃止した国に逃れない限り、人が左右すべきでない人の生き死にに手を延ばすべきではないという倫理観や良心は容易に侵害されたままとなり、その回復を望むべくもない。

人殺しに加担してしまうことへの良心の自由の侵害⁴は、殺人が最も重大な犯罪であることに鑑みれば、それは容易には甘受しえないものである。死刑がないことによる国家への信頼の侵害も一方で、個人の尊厳に対する侵害だと認識する向きもありうる。

重大な人権同士が衝突している場面であることをまず認識する必要がある。前者は死刑そのものが廃止されない限り緩和されることはありえないが、後者は死刑以外の十分な手立てを講ずることによって対応する余地が全くないとまではいえないように思われる。無論、殺人に対しては死刑以外では尊厳が保たれないとの考え方も当然ありうる。しかし殺人の全ての場合に死刑が常に妥当するわけでもないことも明らかであろう。

このように重大な人権同士が対立・衝突し合う状況にあることを前提とすれば、真に死刑の要求に応えるべき場合を十分に限定した上で死刑制度を運用することこそがまず求められる姿である。死刑の効果の検証に耐え、人道性における批判にも応え、良心の自由に対する侵害を最小限としうる制度とその運用とが図られて然るべきである。

(本学法学部教授)

4 これもまた特定個人の切実で具体的な人権侵害として捉えられる余地は十分にある。